

K E N D E L S E

SB Entreprise A/S
(advokat Martin Falk Rømer, Ringsted)

mod

Københavns Kommune
(cand.merc.jur. Peter Dann Jørgensen og advokat Sara Kirstine Klougart,
København)

Den 31. august 2015 iværksatte Københavns Kommune en begrænset licitation uden forudgående prækvalifikation efter tilbudslovens § 6, stk. 3, vedrørende renovering og ombygning af Brønshøj Sportshal. Tildelingskriteriet var fastsat til ”det økonomisk mest fordelagtige bud”.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 1. oktober 2015 havde Københavns Kommune modtaget 4 tilbud, bl.a. fra SB Entreprise A/S og B. Nygaard Sørensen A/S. Den 20. oktober 2015 besluttede Københavns Kommune at indgå kontrakt med B. Nygaard Sørensen A/S.

Den 4. december 2015 indgav SB Entreprise A/S klage til Klagenævnet for Udbud over Københavns Kommune.

SB Entreprise A/S har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at Københavns Kommune har handlet i strid med princippet om ligebehandling i tilbudslovens § 2, stk. 3, samt det ud-

budsretlige gennemsigthedsprincip i forbindelse med evalueringen af tilbuddet fra SB Entreprise A/S med hensyn til underkriterium ”3. Organisation og bemanning”.

Påstand 2

Københavns Kommune tilpligtes til SB Entreprise A/S at betale 2.164.998 kr. med procesrente fra den 4. december 2015

Påstand 3 (subsidiær i forhold til påstand 2)

Købehavns Kommune tilpligtes til SB Entreprise A/S at betale 223.178 kr. med procesrente fra 4. december 2015.

Københavns Kommune har vedrørende påstand 1 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Københavns Kommune har vedrørende påstand 2 og 3 nedlagt påstand om frifindelse.

Klagenævnet har besluttet at udsætte behandlingen af påstand 2 og 3, indtil klagenævnet har taget stilling til påstand 1.

Sagens nærmere omstændigheder

I licitationsbetingelserne af 31. august 2015 er om underkriterierne anført, at ”1. Pris” vægtede 40 %, at ”2. Tid” vægtede 40 %, og at ”3. Organisation og bemanning” vægtede 20 %.

I licitationsbetingelserne er om underkriterium ”2. Tid” anført:

”Der afleveres en beskrivelse som bør indeholde følgende:

- overordnet tidsplan på grundlag af udbudstidsplanen inkl. angivelse af den ”kritiske vej” samt beskrivelse af hvilke tiltag entreprenøren vil foretage for at sikre ressourcer nok til at gennemføre projektet inden for den givne tid i udbudstidsplanen.
- beskrivelse af, hvorledes entreprenøren vil sikre en effektiv byggeproces og en mangelfri aflevering indenfor udbudstidsplanens rammer.
- beskrivelse af hvorledes tilbudsgivere vil håndtere at byggeriet foregår på i en bebyggelse som indeholder både ejerlejligheder og udlejningslo-

kaler, som vil være i brug under udførelsesperioden, samt en beskrivelse af en brugerproces som sikre mindst mulige gener for husets øvrige brugere.

Ved vurderingen lægges der vægt på:

- at der anvises metoder og fremgangsmåder, som sikrer at udbudstidsplanen overholdes ved en optimal og realistisk byggeproces, hvor der tages højde for de trange byggepladsvilkår og arbejder der medfører arbejder hos tilstødende naboer og/eller underliggende festlokaler.
- at der redegøres for koordinering mellem involverede fag/aktiviteter i forhold til udskiftning af vinduer og ovenlys, samt etablering af nye dør/vindueshullet i facaden, hvor sikkerheden er taget i betragtning, samt det forhold at bygningen ikke må stå åben bortset fra varigheden til selve udskiftningen af elementerne.
- at der redegøres for den ”kritiske vej”, for hvornår hvilke afgørende leverancer, resultater og beslutninger skal være leveret/opnået for at der ikke opstår kritiske forsinkelser.
- at entreprenøren beskriver de metoder, der vil blive anvendt for at sikre kvalitet under udførelsen samt gennemføre en mangelfri aflevering indenfor udbudstidsplanens rammer.
- at der anvises metoder og fremgangsmåder, som understøtter kommunikation mellem entreprenør og brugere og som minimerer og håndterer evt. konflikter.
- at redegørelsen sandsynliggør en proces der minimerer gener og forstyrrelser af naboer.

BYK ser gerne, at beskrivelsen ikke fylder mere 5 A4 sider, inkl. diagrammer og er i skriftstørrelse 10.”

I licitationsbetingelserne er om underkriterium ”3. Organisation og bemanning” anført:

”... Ved underkriteriet Organisation og Bemanning forstås, tilbudsgivers beskrivelse af den tilbudte projektorganisation samt CV’er på minimum nedenstående nøglepersoner der tilbydes på opgaven.

BYK ser gerne, at der fremsendes CV’er på maksimalt 5 nøglepersoner, dog minimum på nedenstående to nøglepersoner:

- Entrepriseleder/projektchef eller tilsvarende

- Byggeleder/formand eller tilsvarende.

BYK ser gerne, at der i CV'ernes enkelte referencer klart og tydeligt redegør for:

- medarbejderens rolle på sagen
- opgavens byggesum og entrepriseform
- projektets omfang (projektforslag/under udførelse/afleveret byggeri/ andet)

BYK ser gerne, at CV'er indeholder oplysninger, der er relevante for løsningen af den konkrete opgave, herunder følgende oplysninger: navn, alder, grunduddannelse, relevant efter- og videreuddannelse, samt erhvervserfaring.

Beskrivelsen bør indeholde følgende:

- beskrivelse af nøglepersonernes roller under hele byggesagen, herunder ændringer i organisationen under byggesagen samt organisationsdiagram.

Ved vurderingen lægges der vægt på:

- at tilbudsgiver tilbyder en velorganiseret bemanning der er i besiddelse af den rette kombination af erfaring og kompetence, der sandsynliggør, at projektorganisationen kan mestre den pågældende opgave.
- at den tilbudte projektorganisation demonstrerer erfaring med byggesager af samme art, kompleksitet som den pågældende opgave, der sandsynliggør, at projektorganisationen kan mestre den pågældende opgave.
- at de tilbudte nøglepersoner hver især demonstrerer erfaring med byggerier med ombygning og renovering af bygninger i brug, som sandsynliggør at de begge kan mestre den pågældende opgave.

BYK ser gerne, at beskrivelsen ikke fylder mere end 5 A4 sider inkl. diagrammer og er i skriftstørrelse 10."

SB Entreprise A/S afgav tilbud med en pris på 13.453.985 kr. eksklusive moms.

B. Nygaard Sørensen A/S afgav tilbud med en pris på 13.984.727 kr. eksklusive moms.

Af tilbuddet fra SB Entreprise A/S fremgår i relation til underkriterium ”3. Organisation og Bemanding”, at virksomheden tilbyder en sagsorganisation bestående af Dennis Evensen, produktionschef Klaus V. Christiansen og teknisk assistent/projektleder Tine Nybo Olsen. De pågældende medarbejderes CV er vedlagt tilbuddet. Desuden er vedlagt et organisationsdiagram, hvoraf det blandt andet fremgår, at der i virksomheden er ansat 3 projektchefer.

Af kommunens breve til SB Entreprise A/S og B. Nygaard Sørensen A/S af 20. oktober 2015 om tildelingsbeslutningen kan følgende pointtildelinger uddrages:

	Pris	Pris,vægtet	Tid	Tid,vægtet	Organisation og bemanding	Organisation og bemanding, vægtet
SB Entreprise A/S	10	4,0	9	3,6	3	0,6
B. Nygaard Sørensen A/S	9,2	3,7	8	3,2	9	1,8

SB Entreprise A/S opnåede således samlet 8,2 point, mens B. Nygaard Sørensen A/S samlet opnåede 8,7 point.

De to øvrige tilbud opnåede henholdsvis 5,3 point og 4,4 point.

Af brevet af 20. oktober 2015 fra Københavns Kommune til SB Entreprise A/S fremgår om evalueringen af virksomhedens tilbud i relation til underkriterium ”3. Organisation og Bemanding”:

” ...

Af entreprisederens CV fremgår hverken medarbejderens rolle på sagen, opgavens byggesum, eller entrepriseform. Dette vægtes negativt. Projekternes omfang fremgår af CV’et.

Af assistentens CV fremgår hverken medarbejderens rolle på sagen eller opgavens byggesum. Entrepriseform fremgår delvist. Dette vægtes negativt.

Besvarelsen redegør således ikke klart og entydigt for de efterspurgte punkter, hvilket vægtes negativt.

Det fremgår af projektlederens CV, at han har erfaring med renovering, dog fremgår det ikke tydeligt, om han har erfaring med byggerier i brug, hvilket gør det svært at vurdere punktet.

Det fremgår ikke af entrepriselederens CV, at han har erfaringer med ombygning og renovering af bygninger, herunder byggerier som er i brug, hvilket vægtes negativt.

Det fremgår af assistentens CV, at hun har erfaring med ombygning og renovering af byggerier, dog fremgår det ikke, om bygningerne har været i brug.

På baggrund af ovenstående, vurderes det ikke at være sandsynligt, at de kan mestre den pågældende opgave.

Ud fra projektlederens CV vurderes det, at han har erfaring med byggesager af samme art, kompleksitet og størrelse som den pågældende opgave, hvilket vægtes positivt.

Ud fra entrepriselederens CV vurderes det ikke, at han har den rette kombination af erfaring og kompetence, hvorfor det ikke vurderes sandsynligt, at han kan mestre den pågældende opgave. Dette vægtes negativt.

Ud fra assistentens CV vurderes det ikke, at hun har erfaring med byggeri af samme art, kompleksitet og størrelse og at hun har den rette kombination af erfaring og kompetence. Dette vægtes negativt.

Samlet set vurderes det, at den tilbudte bemanning ikke er i besiddelse af den rette kombination af erfaring og kompetence. Dette vægtes negativt.

Besvarelsen indeholder ingen præcis beskrivelse af, hvordan man vil håndtere evt. ændringer i projektorganisation, udover af bygherres rådgiver vil blive orienteret og at SB vil være lydhør for eventuelle kommentarer til organisationsændringer. Punktet vurderes ikke at være besvaret tilstrækkeligt, hvilket vægtes negativt.”

Af Københavns Kommunes brev af 20. oktober 2015 til SB Entreprise A/S fremgår om evalueringen af Nygaard Sørensen A/S' tilbud i relation til underkriteriet "2. Tid":

"2. Tid, 40 %:

På baggrund af underkriteriet tid er jeres tilbud blevet tildelt karakteren 8 (3,2) samt følgende vurdering:

Der er vedlagt en udbudstidsplan, som anviser en optimal og realistisk byggeproces med angivelse af den kritiske vej, hvilket vægtes positivt. Der er ikke redegjort for hvilke afgørende leverancer, resultater og beslutninger, der skal være leveret/opnået for at der ikke opstår kritiske forsinkelser. Dette vægtes negativt.

Der er redegjort for hvilke planlægningsmetoder og principper man vil bruge for at sikre at tidsplanen overholdes, i form af LEAN principper om "Just in time" og inddragelse af fagentreprenører i planlægningen af byggeprocessen. Der er desuden redegjort for procesmæssige tiltag, der skal tage højde for de trange byggepladsvilkår bl.a. ved at have særligt fokus på leverancer for at minimere behovet for oplagringsplads på grunden samt foranstaltninger der skaber gode og trygge adgangsveje for beboere og naboer, herunder solid adskillelse mod byggepladsen. Det vurderes på den baggrund sandsynligt, at projektet kan gennemføres uden kritiske forsinkelser, hvilket vægtes positivt.

Der er ikke tydeligt redegjort for, hvordan man vil tage højde for arbejder der medfører arbejder hos tilstødende naboer og /eller underliggende festlokaler i byggeprocessen, hvilket vægtes negativt.

Der er redegjort for, at man vil håndtere udskiftningen af vinduer og ovenlys, ved at anvende egne tømrere, der sikrer lukket hus samme dag, etablering af en teltoverdækning, samt solid afdækning af gulve, med henblik på at beskytte bygningen mest muligt. Endvidere er der redegjort for hvorledes sikkerheden tages i betragtning, hvilket vægtes positivt. Der anvises metoder og fremgangsmåder, herunder prøvemontager, referencefelter, løbende afslutning områdevis, samt anvendelse af digitalt værktøj til mangelregistrering, som sandsynliggør, at man kan sikre kvaliteten under udførelsen samt gennemføre en mangelfri aflevering, hvilket vægtes positivt.

Besvarelsen indeholder en beskrivelse af hvorledes man vil håndtere kommunikationen med ejendommens øvrige beboere og brugere, bl.a. ved afholdelse af indledende beboermøder samt ved løbende skriftlig information vedr. status på byggesagen til ejendommens brugere, i form af renoveringsjournaler samt individuelle møder med enkelte lejligheder. Der er også angivet en proces for konflikthåndtering, hvilket væg-

tes positivt. Besvarelsen vurderes at sandsynliggøre en proces, der minimerer gener for forstyrrelser af naboer. Dette vægtes positivt.”

Københavns Kommune, der under licitationen har været assisteret af JJW Arkitekter, har fremlagt oplysninger om den interne evalueringsproces, der er gået forud for den endelige evaluering, som fremgår af skemaet ovenfor. Det fremgår af oplysningerne, at SB Entreprise A/S indledningsvis var blevet tildelt 6 point i relation til underkriterium ”3. Organisation og bemanding” – og dermed var vinder af kontrakten – men at evalueringen herefter faldt til (først) 4 point og dernæst 3 point.

SB Entreprise A/S har fremlagt et telefonnotat vedrørende en samtale mellem kreativ direktør hos JJW Arkitekter, Ole Kornvæk, og administrerende direktør hos SB Entreprise A/S, Torben Eriksen. Af notatet fremgår, at JJW Arkitekter ”for så vidt” havde indstillet SB Entreprise A/S, men at bygherrens ”rigide juridiske indstilling” skulle have medført, at virksomheden ikke blev tildelt kontrakten.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

SB Entreprise A/S har til støtte for, at Københavns Kommune har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet, gjort gældende, at den meget lave karaktergivning (3 point) for så vidt angår SB Entreprise A/S’ tilbud i relation til underkriterium ”3. Organisation og Bemanding” er et udtryk for en – efter proportionalitets- og væsentlighedsbetragtninger – fejlagtig bedømmelse af tilbuddet.

Samme proportionalitets- og væsentlighedsvurdering er ikke lagt til grund ved bedømmelse af tilbuddet fra B. Nygaard Sørensen A/S, særligt ved pointgivningen for så vidt angår underkriterium ”2. Tid”. Af kommunens meddelelsesbrev af 20. oktober 2015 fremgår, at B. Nygaard Sørensen A/S ikke i sit tilbud har redegjort for, hvilke afgørende leverancer, resultater og beslutninger der skal være annulleret/ophævet, før at der ikke opstår kritiske forsinkelser. Virksomheden har efter kommunens opfattelse endvidere ikke tydeligt redegjort for, hvordan man vil tage højde for forhold, der medfører arbejder hos naboer og/eller underliggende festlokaler i byggeprocessen.

Efter SB Entreprise A/S' opfattelse vil en korrekt anvendelse af ligebehandlingsprincippet medføre, at der ikke kan tildeles tilbuddet fra B. Nygaard Sørensen A/S 8 point i relation til underkriteriet "2. Tid", da dette underkriterium vægter dobbelt så meget som underkriterium "3. Organisation og Bemanding", således at proportionalitets- og væsentlighedsbetragtninger må føre til, at mangler ved tilbuddet fra B. Nygaard Sørensen A/S i relation til underkriterium "2. Tid" alt andet lige bør veje tungere end eventuelle mangler ved tilbuddet fra SB Entreprise A/S i relation til underkriterium "3. Organisation og bemanding".

SB Entreprise A/S' tilbud afviger for så vidt angår underkriterium "3. Organisation og Bemanding" ikke på afgørende måde fra tilbuddet fra B. Nygaard Sørensen A/S.

Kommunens totalrådgiver, JJW Arkitekter, har over for SB Entreprise A/S efter at have gennemgået de indkomne tilbud oplyst at have indstillet SB Entreprise A/S som vinder.

Desuden har kommunen overtrådt det udbudsretlige gennemsigtighedsprincip ved ikke tilstrækkeligt præcist at definere, hvilke elementer tilbuddet for så vidt angår underkriterium "3. Organisation og Bemanding" skal indeholde, men i vidt omfang at give tilbudsgiverne frie hænder med hensyn til besvarelsen. Kommunen har således flere gange i sit udbudsmateriale benyttet betegnelserne "ser gerne" og "bør" og har herefter på afgørende måde vægтет det negativt, at SB Entreprise A/S ikke på de punkter, hvor kommunen har benyttet betegnelserne "ser gerne" og "bør", har afgivet et tilfredsstillende tilbud. Kommunen har derved ikke lagt objektive og gennemsigtige kriterier til grund ved vurderingen af tilbuddene. Endelig har kommunen ved at anføre: "BYK ser gerne, at besvarelsener ikke fylder mere end 5 A4 sider, inkl. diagrammer og er i skriftstørrelse 10" signaleret, at der efterspørges summariske oplysninger fra tilbudsgiverne.

Københavns Kommune har gjort gældende, at kommunen ikke har tilsidesat ligebehandlingsprincippet i tilbudslovens § 2, stk. 3. Kommunen har i evalueringen af alle tilbuddene vurderet besvarelsener ensartet, hvilket tydeligt fremgår af den endelig evalueringsrapport af 20. oktober 2015. B. Nygaard Sørensen A/S leverede i relation til underkriteriet "2. Tid" en god besvarelse med beskrivelse af de forhold, der fremgik af udbudsbrevet af 31. august 2015. SB Entreprise A/S' tilbud blev derimod vurderet til at ligge under

middel, da besvarelsen manglede flere af de forhold, kommunen ønskede redegjort for til vurdering af, om den tilbudte organisation og bemanning kunne mestre den pågældende opgave.

I relation til underkriterium ”3. Organisation og bemanning” var de to tilbud på ingen måde sammenlignelige, hvorfor karaktergivningen ligeledes var meget forskellig.

Kommunens evaluering af tilbuddene i relation til de to underkriterier er foretaget i overensstemmelse med licitationsbetingelserne, som fremgår af udbudsbrevet af 31. august 2015, herunder i overensstemmelse med principperne om ligebehandling.

Kommunen har foretaget sit subjektive skøn i forbindelse under anvendelse af de kvalitative underkriterier inden for rammerne af det forventelige, og kommunen har ikke foretaget et usagligt skøn ved evalueringen.

Kommunen har heller ikke tilsidesat gennemsigtighedsprincippet. Det var i licitationsbetingelserne tydeligt beskrevet, hvad kommunen ville lægge vægt på i relation til underkriteriet ”3. Organisation og bemanning”. Kommunen har netop anvendt formuleringer som ”bør” og ”ser gerne” med det formål at skabe gennemsigtighed i forhold til, hvilken retning kommunen ønskede tilbuddene skulle gå. Samtidig giver sådanne formuleringer plads til udfoldelse for tilbudsgiverne og mulighed for konkurrence mellem dem

Tilbuddet fra SB Entreprise A/S var mangelfuldt i relation til underkriterium ”3. Organisation og bemanning”, idet det ikke imødekom de ønsker, som var beskrevet i licitationsbetingelserne.

Kommunen ønskede blandt andet oplysninger om ”projektets omfang, entrepriseform, byggesum, rolle” i forhold til fremlagte referenceopgaver. SB Entreprise A/S har alene angivet byggesummen for projektlederens referenceopgaver, men ikke for de øvrige nøglepersoner. Entrepriseformen er kun delvist beskrevet for assistenten, men er ikke angivet for projekt- eller entrepriselederen. Rollen er ikke beskrevet for nogle af de angivende nøglepersoner. Kommunen har endvidere ønsket, at tilbudsgiverne ”demonstrerede erfaring med byggerier med ombygning og renovering af bygninger i brug”. SB Entreprise A/S har intet anført herom i forhold til entrepriselederen, men derimod er der demonstreret erfaring med byggerier med ombyg-

ning for projektlederen og assistenten, hvilket entydigt tilkendegiver, at tilbudsgiveren var bekendt med kommunens ønsker. Endelig har SB Entrepri- se A/S – i overensstemmelse med kommunens ønsker – angivet ”erfaring med byggesager af samme art, kompleksitet og størrelse som den pågæl- dende opgave” for projektlederen, men ikke for de øvrige nøglepersoner. Tilbuddet er derfor samlet set ikke tilfredsstillende og har derfor opnået ka- rakteren 3.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Det følger af fast klagenævnspraksis, at ordregiveren har et vidt skøn ved evalueringen af tilbuddene i relation til de kvalitative underkriterier.

Københavns Kommune har tydeligt i licitationsbetingelserne anført en række forskellige forhold, som vil indgå i evalueringen af tilbuddene i relation til underkriterierne ”2. Tid” og ”3. Organisation og bemanning”. At der er anvendt formuleringer som ”bør” og ”ser gerne” fører ikke til, at gennem- sigtighedsprincippet er overtrådt, og der er da heller intet, der tyder på, at tilbudsgiverne ikke har været klare over, hvad kommunen ville vægte i for- bindelse med evalueringen.

Den udførlige evalueringsrapport forholder sig til de samme forhold som beskrevet i licitationsbetingelserne, og der er intet grundlag for at antage, at kommunen i forbindelse med evalueringen har overskredet grænserne for det vide skøn, der tilkommer den, eller i øvrigt har handlet usagligt.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

SB Entrepri- se A/S skal i sagsomkostninger til Københavns Kommune beta- le 12.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendel- se.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Nancy Elbouridi
fuldmægtig